

PONOWOCZESNA FILOZOFIA PRAWA

1

Ostatnie dekady poprzedniego wieku są okresem istotnych zmian zachodzących w dziedzinie filozofii i teorii prawa. Jednym z pierwszych, który starał się je opisać i zdiagnozować, był A. Kaufmann, autor między innymi prac: *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, *Rechtsphilosophie im Wandel* oraz *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*¹.

W wieku XX filozofia i teoria prawa przeżywała okres swego największego rozkwitu. Stan ten będzie trwał co najmniej do lat siedemdziesiątych poprzedniego stulecia. Założenia nowoczesnej filozofii prawa kształtowały się w silnej opozycji do XIX-wiecznego prawoznawstwa. Krytykowano w zasadzie wszystkie aktywne w tamtym okresie orientacje, w pierwszej zaś kolejności: szkołę historyczną, analityczną jursprudencję w wersji zaproponowanej przez J. Austina, kontynentalny pozytywizm prawniczy, wreszcie neoscholastyczne koncepcje prawa natury. Analiza krytyczna prowadzona była przez twórców projektu „nowoczesnej filozofii prawa” przede wszystkim z pozycji racjonalistycznych – rzadziej empirycznych. Racjonalistyczny lub racjonalistyczno-analityczny charakter będą miały współczesne koncepcje prawa natury, krytyczny pozytywizm, uprawiany przez H. Kelsena oraz H.L.A. Harta, jak również tak zwana szkoła analityczna, reprezentowana w teorii prawa przez m.in. A. Rossa, A. Aarnio, G. von Wrighta, O. Weinbergera, K. Opalka czy J. Woleńskiego. Do empirycznych uzasadnień sięgali natomiast przedstawiciele szkoły wolnego orzecznictwa (*Freirechtsbewegung*), amerykańskiego i skandynawskiego realizmu prawnego oraz socjologicznej jursprudencji. W rezultacie doszło do stworzenia kilku konkurencyjnych względem siebie paradygmatów.

„Dyskusja podstawowa” koncentrowała się głównie na trzech kwestiach: ontologicznej, związanej ze sporem o pojęcie prawa, epistemologicznej, dotyczącej możliwości budowy powszechnie ważnej i akceptowalnej metody prawniczej, wreszcie najbardziej chyba dzielącej autorów poszczególnych projektów – kwestii

¹ A. Kaufmann, *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt a. Main 1971, *idem*; *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln–Berlin–Bonn–München 1984, *Rechtsphilosophie im Wandel*, wyd. II, Köln–Berlin–Bonn–München 1984, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, wyd. II, Heidelberg 1992.

aksjologicznej. W sprawach dotyczących wartości zajmowano krańcowo różne stanowiska: od skrajnego relatywizmu (Kelsen), po akceptację klasycznych wersji prawa natury (J. Finnis). Od samego początku nie mogło być więc mowy o kompromisie, o budowie jednego projektu filozoficznoprawnego. Co więcej, „konkurencja” istniała nie tylko „na zewnątrz” – pomiędzy głównymi paradygmatami: prawnonaturalnym, pozytywistyczno-analitycznym, realistycznym, ale również pomiędzy poszczególnymi poglądami formułowanymi „wewnątrz” wymienionych paradygmatów. To narastające wewnętrzne zróżnicowanie musiało doprowadzić do zniweczenia całego projektu, zanim jeszcze podjęte zostały próby jego urzeczywistnienia.

Orientacja prawnonaturalna, choć racjonalna i krytyczna, nigdy nie osiągnęła w XX wieku minimalnego poziomu wewnętrznej spójności. Z jednej strony, mamy do czynienia z recepcją dawniejszych – klasycznych – formuł prawa natury. Przykładem tej tendencji są między innymi poglądy J. Halla oraz wspomnianego wcześniej Finnisa. Z drugiej strony, powstają niezliczone wersje „prawa natury o zmiennej treści”, formułowane, już to, na gruncie neokantyzmu – myślę o poglądach R. Stammlera, w pewnym stopniu również wczesnych (przedwojennych) poglądach G. Radbrucha – lub koncepcje odwołujące się do uzasadnień historycznych, filozoficznych, psychologicznych oraz socjologicznych, formułowane przede wszystkim przez przedstawicieli amerykańskiej jurysprudencji – między innymi przez L.L. Fullera, J. Wilda, F.S.C. Northropa oraz E. Cahna. Również w niemieckiej filozofii prawa po drugiej wojnie światowej miała miejsce ważna prawnonaturalna debata, zainicjowana „rozliczeniowymi” tekstami G. Radbrucha², w której formułowane były koncepcje inspirowane zarówno klasyczną-teologiczną doktryną prawa natury, jak i filozofią fenomenologiczną.

Do pewnego stopnia podobnie rzecz się miała ze szkołą krytycznego pozytywizmu. Mimo podobnych racjonalno-analitycznych fundamentów, poglądy Kelsena oraz Harta są istotnie różne. Obydwaj autorzy inaczej definiują prawo, inaczej rozumieją normę (regulę) prawną, inaczej wreszcie system prawa oraz normę podstawową (u Kelsena była to *Grundnorm*, u Harta reguła uznania (*rule of recognition*)). Choć w tym ostatnim przypadku różnice wcale nie muszą być widziane tak ostro³.

W większym stopniu spójny wydawał się paradygmat analitycznej filozofii prawa. I tu jednak nie brak różnic. Mieliśmy więc do czynienia zarówno z „twardą analityką” (*horse-shoe analysis*), jak i z „miękką” jej odmianą (*soft-shoe analysis*). Zwolennikami stosowania „twardych” – logiczno-matematycznych metod w nauce prawa byli m.in.: von Wright, Aarnio, Weinberger oraz Woleński, zaś mniej formalnych metod analizy m.in.: Ross, Hart, Opalek oraz przedstawiciele nurtu analitycznego w amerykańskiej jurysprudencji, niemającego *nota bene* z prawdziwą filozofią analityczną już prawie nic wspólnego.

² G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), *Erneuerung des Rechts* (1946), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) [w:] *Gesamtausgabe*, t. I–III, Heidelberg 1987–1990.

³ J. Stelmach, *Norma podstawowa* [w:] *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001.

Realizm jest ostatnim z wielkich projektów nowoczesnej filozofii prawa. Jego jednorodność i spójność miała wynikać z akceptacji metodologicznego programu wypracowanego przez pozytywizm filozoficzny. Z czasem jednak i ten projekt rozpada się na wiele kierunków i szkół, które wspólnych założeń zaczynają mieć coraz mniej. Wystarczy porównać poglądy przedstawicieli różnych orientacji realistycznych, by tezę tę potwierdzić. Koncepcje wysuwane przez liderów szkoły wolnego orzecznictwa (*Freirechtsbewegung*) w wielu istotnych punktach różnią się od założeń, na których oparł swą psychologiczną teorię prawa L. Petrażycki. Amerykański realizm prawny O.W. Holmesa, J.Ch. Graya, J. Franka, czy wreszcie K.N. Llewellyna został istotnie zmodyfikowany przez twórcę socjologicznej jurysprudencji R. Pounda. Jeszcze inny charakter miała szkoła skandynawskiego realizmu w wydaniu A. Hägerströma, W. Lundstedta, K. Olivecrony oraz Rossa, która choć bezpośrednio nawiązywała do założeń filozofii neopozytywistycznej, to i tak nie zdołała wypracować spójnego programu metodologicznego.

Wewnętrzna niejednorodność i zewnętrzne napięcia musiały doprowadzić do regresu, a następnie do upadku projektu reformy prawoznawstwa. Czy projekt nowoczesnej filozofii prawa nie został urzeczywistniony tylko z powodu sprzeczności i napięć istniejących pomiędzy najważniejszymi paradygmatami? Moim zdaniem, decydujące znaczenie miały względy funkcjonalne. Formułowane koncepcje nie miały, z nielicznymi tylko wyjątkami⁴, żadnego praktycznego znaczenia. Głos filozofów prawa znikł z publicznych debat dotyczących fundamentalnych problemów prawnych i moralnych współczesnego świata. Filozoficznoprawne koncepcje nie odegrały również żadnej istotniejszej roli w dogmatyce prawniczej i orzecznictwie. Musiało to oczywiście doprowadzić do swoistej alienacji filozofii prawa.

2

Z końcem lat siedemdziesiątych obserwujemy procesy analogiczne jak w filozofii prawa, także w innych naukach, np. w filozofii ogólnej (estetyce), socjologii i antropologii kultury, literaturoznawstwie. Zaczyna się mówić o „postmodernistycznym przełomie”. Postmodernistyczną filozofią nie chcę się tutaj jednak zajmować, co najmniej z trzech powodów. Po pierwsze dlatego, że nie posiadam wystarczającej kompetencji. Po drugie, ze względu na znaczne zróżnicowanie i niejednoznaczność poglądów czołowych przedstawicieli „nowej filozofii”, m.in.: J.F. Lyotarda, J. Derridy, R. Rorty’ego, G. Vattimo, F.R. Ankersmita, F. Jamesona, Z. Bauman, W. Welscha. Po trzecie wreszcie, z tego powodu, że filozofia prawa zawsze była dość specyficzną dziedziną wiedzy, ułożoną gdzieś na pograniczu dogmatyki prawniczej i filozofii ogólnej. Jej więc historii nie da się

⁴ Duże znaczenie dla oceny nazistowskiego prawa miała tzw. *formuła Radbrucha*, na którą powoływano się jeszcze stosunkowo niedawno, w „procesie strzelców” z berlińskiego muru. Od publicznych debat nie uchylał się również inny, wybitny filozof prawa, Hart. Pierwowzorem jego najważniejszego dzieła *The Concept of Law* był cykl pogadanek wygłoszonych w radiu BBC.

w prosty sposób wpisać w dzieje XIX i XX-wiecznej humanistyki. Nie wikłając się więc w spory o postmodernizm, mogę stwierdzić, że istotnie w latach siedemdziesiątych XX wieku dochodzi do wielu istotnych zmian, które dotyczą również filozofii prawa. Punktem wyjścia ponowoczesnej filozofii prawa jest krytyka wcześniejszych – modernistycznych – projektów. Pamiętajmy, że nowoczesna filozofia prawa była również względem swojej XIX-wiecznej poprzedniczki krytyczna. Mamy więc do czynienia z przypadkiem „krytyki – z założenia krytycznej – nowoczesnej filozofii prawa”. Czy według zasady logicznej wracamy w ten sposób do punktu wyjścia? W przypadku filozofii prawa tak z pewnością nie jest. Cała rzecz ma już inną jakość i formę, o żadnym więc neoklasycyzmie czy neokonserwatyzmie nie może być mowy⁵. Celem ponowoczesnej krytyki jest dekonstrukcja (demonтаж – rozkład) paradygmatów nowoczesnej filozofii prawa. Przypomnę, że kluczowe znaczenie pojęciu „dekonstrukcji” nadaje jeden z liderów postmodernistycznej filozofii J. Derrida⁶. Rezygnacja z „kanonów” oznacza rezygnację z kontynuacji „dyskusji podstawowej”, na temat ontologicznej istoty prawa oraz metod jego badania. Wszystko lub prawie wszystko jest dozwolone, jeśli tylko służy jakimkolwiek celowi teoretycznemu lub praktycznemu. Oznacza to w oczywisty sposób akceptację pluralistycznego sposobu rozumienia i uprawiania filozofii oraz teorii prawa. Wszelkie dostatecznie uzasadnione poglądy posiadają jednakową legitymację. Oczywiście, tak rozumiana otwartość nieuchronnie będzie prowadziła do epistemologicznego oraz aksjologicznego relatywizmu.

Pora teraz zająć się bardziej konkretnymi przykładami, dokumentującymi proces dokonujących się w filozofii i teorii prawa zmian.

Powojenne poglądy Radbrucha oznaczają istotną zmianę w sposobie ujmowania fundamentalnego problemu nowoczesnej filozofii prawa, a mianowicie wzajemnego stosunku prawa natury i pozytywizmu prawniczego. Jego „formuła” jest próbą znalezienia „trzeciej drogi”. W sytuacji, gdy może istnieć ponadustawowe prawo oraz ustawowe bezprawie rozpadają się kategorie, w których koncepcje prawnonaturalne i pozytywistyczne opisywały prawo i kwestię sprawiedliwości. Pojawił się nieznany wcześniej rodzaj epistemologicznego i aksjologicznego relatywizmu. Został uczyniony pierwszy krok w procesie dekonstrukcji nowoczesnej filozofii prawa.

W charakterystyczny dla ponowoczesności sposób były formułowane przynajmniej niektóre koncepcje hermeneutyczne. Zdaniem Kaufmanna, prawo jest rezultatem procesu interpretacyjnego (hermeneutycznego rozumienia). Ustawa jest tylko jednym ze stopni „urzeczywistnienia prawa”. Prawo jest pierwotną analogią (relacją), której ontologicznym fundament stanowi człowiek. Urzeczywistnienie prawa oznacza w konsekwencji dokonujące się w procesie interpretacyjnym „zbliżenie” do siebie (stopienie w jedną całość) interpretującego podmiotu, przedmiotu interpretacji, idei – wartości – prawnych, norm, które odnoszą się do danego przypadku (zarówno norm prawnych, jak i norm moralnych, zwyczajowo-

⁵ Por. J. Habermas, *Modernizm – niedokończony projekt* [w:] *Postmodernizm – antologia przekładów*, red. R. Nycz, Kraków 1996, s. 25–46.

⁶ O pojęciu „dekonstrukcji” u Derridy pisze m.in. K. Wilkoszewska, *Wariacje na postmodernizm*, wyd. II, Kraków 2000, s. 46 i nast.

wych itp.), wreszcie wszelkich innych stanów rzeczy, które dają się powiązać z interpretowanym przypadkiem. Rezultatem tak pojętego procesu jest powstanie, dającego się zastosować „konkretnego – historycznego prawa”⁷. Mające fundamentalne znaczenie dla pozytywizmu prawniczego twierdzenie o jedności prawa z normą bądź regułą prawną zostaje odrzucone.

Dekonstrukcja – w tym przypadku Kelsenowskiego i Hartowskiego – pozytywizmu zajął się również R. Dworkin. Wychodząc z neoliberalnych założeń, zakwestionował trzy najważniejsze tezy nowoczesnego pozytywizmu prawniczego. Jego zdaniem, prawo nie składa się wyłącznie z norm lub reguł prawnych. W „przypadkach trudnych” (*hard cases*) sędzia może odwoływać się nie tylko do reguł prawnych, lecz także do niebędących regułami – standardów, pośród których wyróżnia tak zwane zasady (*principles*) oraz *policies*. Dworkin odrzuca również pozytywistyczną tezę o rozdziale prawa i moralności. Korzystając ze standardów, sędzia może odwoływać się wprost do rozmaitych reguł (norm) moralnych danej społeczności. No i wreszcie, Dworkin nie zgadza się z tezą Harta, że sędzia, stosując w procesie rozstrzygania wyłącznie reguły prawne, ma wobec ich ewentualnego braku całkowitą swobodę decyzyjną. Jego zdaniem, jest akurat na odwrót. Sędzia nie musi stosować wyłącznie reguł prawnych i może odwoływać się również do reguł pozaprawnych (standardów), ale równocześnie nie ma swobody decyzyjnej. W każdym bowiem przypadku istnieje, zdaniem Dworkina, tylko jedno „właściwe rozstrzygnięcie” (*right answer*), do którego sędzia ma obowiązek dotrzeć, kierując się wskazaniem rozumu – a nie woli⁸.

Teoria dyskursu ujmuje z kolei prawo jako integralny składnik uniwersalnie rozumianego procesu komunikacji społecznej. Zdaniem J. Habermasa, prawda, sprawiedliwość, jak również inne reguły moralne i prawne są pochodne wobec proceduralnych zasad rządzących dyskursem argumentacyjnym. Rekonstrukcja tych zasad otwiera dopiero drogę do zrozumienia i zdefiniowania prawa. Kryterium słuszności jest ostatecznie „konsens” legitymowany „siłą lepszego argumentu”, który może być sformułowany w tak zwanej „idealnej sytuacji mowy”. Jest to taka sytuacja, w której wszyscy tworzący „wspólnotę komunikacyjną” mają równe szanse, posiadając ponadto wolność argumentowania i mówienia, przy równoczesnym obowiązku prawdomówności. Uczestniczący w tak rozumianym dyskursie nie mogą posiadać ani żadnych specjalnych przywilejów, ani żadnych przymusów⁹.

Zwolennicy przeniesienia biologicznej teorii systemów autopoietycznych na grunt nauk społecznych, również prawoznawstwa, to znaczy N. Luhmann, G. Teubner oraz H. Willke, zaproponowali nowe rozumienie pojęć: prawa i systemu prawnego. Twierdzili oni, że autopoeza, czyli zdolność do samosterowania, przysługuje niektórym systemom społecznym w wysoko rozwiniętych cywiliza-

⁷ J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach 1991, s. 96 i nast.

⁸ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 505 i nast. oraz s. 585 i nast.

⁹ J. Habermas, *Wahrheitstheorien* [w:] *Wirklichkeit und Reflexion*, von H. Fahrenbach (red.), Pfullingen 1973, s. 255 i nast., również R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, wyd. II, Frankfurt a. Main 1991, s. 134 i nast.

cyjnie państwach. Przykładem takiego systemu może być również system prawa, którego funkcją nie jest, jak zwykle się uważać, sterowanie społeczeństwem i rozstrzyganie konfliktów społecznych, lecz przynajmniej zdaniem Luhmanna, zabezpieczanie i wspieranie normatywnych oczekiwań społeczeństwa. Na poziomie autopojetycznym następuje całkowite wyodrębnienie prawa od innych norm społecznych, a system sam decyduje o kryteriach obowiązywania, tworzenia i stosowania własnych norm. Poziom autopojetycznego rozwoju osiągnęło prawo (systemy prawa) wysoko rozwiniętych państw postindustrialnych. Systemy prawne tych państw spełniają bowiem wszystkie warunki charakterystyczne dla systemu autopojetycznego, w szczególności zaś posiadają zdolność do samoreprodukcji (prawo samodzielnie wytwarza swoje normy), samoodnoszenia (procesy tworzenia i stosowania prawa mogą być opisane jako zbiory operacji na normach prawnych), samoorganizacji (prawo rozstrzyga samodzielnie o tworzeniu i przekształcaniu własnych struktur) i samoregulacji (prawo samodzielnie reguluje zachodzące w systemie procesy)¹⁰.

Critical Legal Studies to bardzo charakterystyczny ruch dla okresu ponowoczesnych zmian. Jego uczestników jednoczyło tylko jedno wspólne przekonanie – niechęć do tradycyjnych metod badania i uczenia prawa. Nawoływali do krytycznego studiowania prawa, krytycznej analizy takich w szczególności pojęć, jak „świadomość społeczna”, „ideologia”, „legitymacja prawa” czy „porządek prawny”. Celem tej krytycznej analizy ma być „ulepszenie prawa”. Radykalizm członków ruchu *CLS* wyrażał się w przyjęciu antypozytywistycznej, antylegalistycznej oraz antyformalistycznej postawy. Zdaniem zwolenników *CLS*, pozytywizm wiąże się nierozłącznie ze społecznym determinizmem, redukcjonizmem (redukcją prawa do pewnych tylko zewnętrznych przejawów) oraz politycznym konserwatyzmem¹¹.

Swoistą przeciwwagą dla *CLS* była w amerykańskiej jurysprudencji szkoła ekonomicznej analizy prawa, której najwybitniejszym przedstawicielem był R. Posner. Formacja *law and economics* miała zdecydowanie konserwatywny charakter. Zdaniem Posnera, prawo jest (lub powinno być) z samej swej istoty efektywne ekonomicznie, to znaczy, że ma ono prowadzić do zwiększenia materialnego i niematerialnego bogactwa społeczeństwa. Podmioty stosujące prawo (sądy i urzędy) oraz tworzące prawo muszą kierować się w swych decyzjach rachunkiem ekonomicznym dotyczącym kosztów (ceny) podjęcia określonej decyzji. Dobra, racjonalna decyzja, to taka decyzja, która jest ekonomicznie uzasadniona, czyli prowadząca do maksymalizacji bogactwa społecznego¹².

¹⁰ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 78 i nast.

¹¹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, wyd. II, Kraków 1999, s. 175 i nast.

¹² R. Posner, *Problems of Jurisprudence*, Cambridge–London 1990, s. 356.

3

Pytanie o perspektywy rozwoju filozofii i teorii prawa jest z wielu względów ryzykowne. Nie wiemy, w jakim kierunku będzie rozwijać się cywilizacja XXI wieku. Czy procesy unifikacji (globalizacji) prawa będą przebiegać w dotychczasowym tempie, czy też z powodów politycznych bądź ekonomicznych ulegną zahamowaniu. W rezultacie nie możemy w szczególności w przekonujący sposób wykazać, jakiej filozofii i teorii prawa będziemy potrzebować – jeśli w ogóle jakiejś będziemy. Z filozofią prawa mamy sytuację podobną jak z filozofią ogólną, o której Th.W. Adorno mówił, że choć jest tak już, zdawało się, przestarzała, to jednak utrzymuje się nadal przy życiu, ponieważ zabrakło momentu jej urzeczywistnienia¹³. Istotnie filozofia prawa nie urzeczywistniła się ani jako nauka w pełni filozoficzna, ani jako nauka ściśle prawnicza. Pozostając w tak specyficznym zawieszeniu, ma się raz gorzej, a raz lepiej. Czy ostatecznie stanie się częścią filozofii społecznej lub ogólnej metodologii nauki, czy też bardziej technologicznie rozumianą teorią dogmatyki prawniczej pokaże czas. Najpewniej będzie dalej jednak i jednym, i drugim.

Świadomie uchylam się od odpowiedzi na pytanie o przyszłość filozofii i teorii prawa. Zamiast akademickich dyskusji, powinniśmy dalej robić swoje. Bo cóż innego, poza zmianą zawodu, pozostaje? Nie zapominajmy przecież, że w podobnej sytuacji znajduje się również ogromna większość uczonych reprezentujących inne nauki społeczne, co przynajmniej w pewnym stopniu dokumentuje postmodernistyczna debata. Kolejne „kryzysy” wywoływane są nie tylko przez zewnętrzne okoliczności. Wywołujemy je też często sami, bo chcemy za wszelką cenę zaistnieć jako twórcy nowych teorii i teoryjek. Taki pluralizm może doprowadzić w końcu do chaosu. Dlatego znów aktualna staje się w moim przekonaniu oferta, która zawarta jest w projekcie „nowoczesnej” filozofii prawa. Może po prostu wystarczyłoby ten projekt zrozumieć i dokończyć.

¹³ Th.W. Adorno, *Dialektyka negatywna*, Warszawa 1986, s. 7.

